

CUESTIONES RELACIONADAS CON LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS PARTE EN EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES A PROPÓSITO DE ACTOS EXTRATERRITORIALES

(En conexión con la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001 en el asunto Banković y otros contra diecisiete Estados)

PROF. DR. DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

A. ANTECEDENTES Y RAZONAMIENTO SEGUIDO POR EL TRIBUNAL EUROPEO

I. Hechos del asunto *Banković y otros contra diecisiete Estados*

En el contexto del conflicto de Kosovo que enfrentó a serbios y albano-kosovares entre 1998 y 1999, se produjeron una serie de ataques aéreos por parte de tropas de la OTAN sobre el territorio de la República Federativa de Yugoslavia (en adelante la «RFY») ante la negativa de este Estado a atender las demandas de la Comunidad Internacional en orden al cese de este conflicto. En uno de dichos ataques aéreos, en concreto, en el acaecido el 23 de abril de 1999, el edificio de la Radio Televisión *Srbije* de Belgrado fue alcanzado por un misil lanzado desde un avión de las tropas de la OTAN produciéndose varios heridos y fallecidos. Dichos heridos y los familiares cercanos a los fallecidos dedujeron una demanda ante el Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante «el Tribunal europeo») contra los diecisiete Estados parte en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante «el Convenio») que son miembros de la OTAN¹. En su

1. Demanda nº 52207/99. Estos Estados son: Bélgica, Chequia, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido.

demanda imputaban a dichos Estados la violación de los siguientes artículos del Convenio: artículo 2 (derecho a no ser privado arbitrariamente del derecho a la vida); artículo 10 (derecho a la libertad de expresión) y artículo 13 (derecho a un recurso efectivo frente a una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio).

Con carácter previo a conocer del fondo de estas alegaciones, el Tribunal europeo debía pronunciarse respecto de la admisibilidad de la demanda, dado que los demandantes eran nacionales de un Estado no parte en el Convenio, la República Federativa de Yugoslavia y los hechos denunciados habían sucedido fuera del territorio de los Estados demandados (incompatibilidad *ratione loci*) suscitándose al respecto dos posiciones enfrentadas. De una parte, los demandantes solicitaban al Tribunal europeo que declarara admisible su demanda sobre la base jurisdiccional derivada de actos extraterritoriales de los Estados demandados y, de modo alternativo, invocando la doctrina del control efectivo de dichos Estados sobre el espacio aéreo de la RFY. De otra parte, los Estados demandados discutían la interpretación que los demandantes hacían del término jurisdicción a los efectos del artículo 1 del Convenio, así como el hecho de que hubieran tenido un tal control efectivo del que se derivara algún tipo de responsabilidad a los efectos del Convenio. Así pues, la cuestión primera y fundamental que debía tratar el Tribunal era la relativa a si podía considerarse a los demandantes como dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados en las circunstancias particulares del caso.

II. Observaciones de las partes con respecto a la cuestión relativa a la jurisdicción de los Estados parte a los efectos del artículo 1 del Convenio

Las observaciones de los demandantes pretendían demostrar la compatibilidad de su demanda con el Convenio *ratione loci*, al entender que se encontraban dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados por una doble vía, directa e indirecta, respectivamente. De manera directa, en primer lugar, invocaban que se encontraban bajo la jurisdicción de los Estados demandados a consecuencia del bombardeo de las instalaciones de la Radio Televisión *Srbije* en Belgrado. De conformidad con el principio bien establecido en Derecho internacional relativo a la responsabilidad de los Estados derivada de actos extraterritoriales cometidos por órganos y agentes fuera del territorio nacional, alegaban que la aprobación por consenso de los Estados miembros de la OTAN del bombardeo en cuestión y su ejecución por militares de alguno de esos Estados, entre los que se encontraba el Reino Unido, tendría como consecuencia el que las personas de nacionalidad yugoslava heridas o fallecidas a resultas del mismo se habrían situado bajo la jurisdicción de esos Estados.

De manera indirecta y con carácter alternativo, en segundo lugar, los demandantes se apoyaban en la doctrina del control efectivo empleada por los órganos garantes del Convenio en los casos relativos al norte de Chipre. Aun cuando no se daba un despliegue de tropas de los Estados miembros de la OTAN sobre el territorio de la RFY, entendían los demandantes que en el presente caso las aeronaves de los Esta-

dos que ejecutaban los ataques decididos por esta Organización de carácter militar controlaban de modo efectivo el espacio aéreo de dicho Estado, permitiendo este hecho, en opinión de los demandantes, asegurar al menos el respeto de algunos de los derechos reconocidos en el Convenio. De modo especial, el derecho reconocido en el artículo 2 (derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida) puesto que podían haber discriminado en su ataque los objetivos militares de los civiles.

Invocaron los demandantes, por último, el principio establecido por el Tribunal europeo en el caso *Soering contra Reino Unido* pretendiendo establecer la jurisdicción de los Estados demandados sobre los demandantes por idénticas razones a las empleadas en aquel caso; esto es, argumentando que el acto impugnado –el bombardeo en cuestión– era de hecho, un efecto extraterritorial de decisiones anteriores adoptadas en el territorio de los Estados demandados por parte de los Jefes de Estado y de Gobierno de dichos Estados.

Frente a las alegaciones de los demandantes, uno de los Estados demandados, el Reino Unido presentó unas observaciones tendentes, en esencia, a demostrar que aquéllos no se encontraban dependientes de la jurisdicción de ninguno de los Estados parte en el Convenio, por lo que su demanda debía ser declarada –como así ocurrió finalmente– inadmisibile *ratione loci*. A las observaciones aportadas por el Reino Unido se unieron el resto de los Estados demandados. Francia añadió, además, un informe en el que expresaba su opinión de que, aparte de por las razones invocadas por el Reino Unido en sus observaciones, los hechos denunciados sólo serían imputables a la OTAN, una Organización Internacional con personalidad jurídica propia y separada de la de sus Estados miembros². Otros Estados demandados presentaron, igualmente, otras observaciones menores como es el caso de Turquía en relación con la situación en el norte de Chipre, y Hungría, Italia y Polonia, que invocaron el no agotamiento de los recursos internos disponibles en sus respectivos ordenamientos jurídicos para los demandantes, como exige el artículo 35.1 del Convenio³.

El esquema seguido por el Reino Unido en sus observaciones fue el siguiente: en una primera sección A (parás. 19 a 41 de las mismas) se ocupó de la manera en la que, en su opinión, los demandantes distorsionaban el concepto de jurisdicción en Derecho internacional, que no encontraría apoyo en la jurisprudencia de los órganos del Convenio. En la sección B (parás. 42 a 53) criticaba los dos argumentos con los que los demandantes presuntamente habrían intentado esquivar los problemas que el requisito de la jurisdicción suponía para la admisibilidad de su demanda: de un lado, una eventualmente errónea presentación del razonamiento de las sentencias del Tribunal europeo en el caso *Loizidou c. Turquía* (parás. 43 a 51). De otro lado, el supuestamente malintencionado intento de extender el principio identificado por el Tribunal europeo en el caso *Soering contra Reino Unido* y en otros casos posteriores relativos a expulsiones y deportaciones (parás. 52 a 53).

En conexión con el primer punto de las observaciones, el Reino Unido entendía que el sentido ordinario del término jurisdicción en el Derecho internacional general, que tuvieron presente los redactores del artículo 1 del Convenio –como confirma el

2. Parágrafo 32 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

3. Parágrafos 32 y 33 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

estudio de los trabajos preparatorios—, supone algún tipo de relación estructural normalmente existente durante un período de tiempo (pará. 28 de las observaciones), y sobre todo, implica una afirmación de autoridad con base en el Derecho: «es literalmente una declaración o manifestación del Derecho y una persona está dependiente de un Estado si dicho Estado pretende ejercer su autoridad legal sobre ella». (Pará. 21 de las observaciones). El sentido ordinario del término jurisdicción no se vería cuestionada por aquellos casos en los que la Comisión y el Tribunal europeos han sostenido que las acciones de un Estado pueden, en determinadas circunstancias, suponer el ejercicio de jurisdicción sobre personas fuera de su territorio puesto que, se alega, todos esos casos han implicado el ejercicio de algún tipo de autoridad legal por parte del Estado demandado sobre las personas concernidas. (Pará. 23 de las observaciones)⁴.

La reciente jurisprudencia del Tribunal europeo —en especial, la decisión de inadmisibilidad de la Gran Sala de 9 de febrero de 2002 en el *asunto McElhinney c. Irlanda y Reino Unido* (Dda. Nº 31253/96 declarada inadmisibles *ratione loci*)— confirmaría, en opinión del Reino Unido, lo infundado de pretender que cualquier acto de un Estado que afecte a personas fuera de su territorio las convierte, tan sólo por ello, en dependientes de su jurisdicción. De este modo, señala en sus observaciones:

«el bombardeo de un objetivo en el Estado A por fuerzas del Estado B durante un conflicto armado entre los dos Estados no puede ser descrito como un ejercicio de autoridad sobre las personas en el Estado A que fallecen o resultan heridas a consecuencia de dicho ataque. Es una acción que obviamente afecta a dichas personas pero, al no implicar ningún intento de ejercicio de autoridad por parte del Estado B sobre ellas, no las convierte en dependientes de su jurisdicción». (Pará. 27 de las observaciones).

Si así fuera, entiende el Reino Unido,

«se trataría de un concepto inoperativo dado que en la práctica resultaría imposible para un Estado parte asegurar los derechos y libertades reconocidos en el Convenio a los habitantes del territorio de un Estado sobre los cuales no tiene facultades de gobierno y contra los cuales está implicado en operaciones militares». (Pará. 31 de las observaciones).

Se ocupó también el Reino Unido de cuestionar la pretensión de los demandantes acerca del carácter irrelevante de la identidad del Estado que realizara el bombardeo que causó las muertes y los heridos relevantes en el presente caso dado que en la OTAN las decisiones de carácter militar son adoptadas por el método del consenso.

4. Las decisiones de la Comisión europea que se citan son: X. *Contra RFA* (Dda. Nº 1611/62), Yearbook nº 8, p. 158. *Hess contra Reino Unido* (Dda. Nº 6231/73), R.D. nº 2, pp. 72 y ss. *Chipre contra Turquía* (Ddas. nº 6780/74 y 6950/75), R. D. Nº 2, p. 125. *Chipre contra Turquía* (Dda. Nº 8007/77), R. D. Nº 13, p. 85. X. *Contra Reino Unido* (Dda. nº 7547/76), R.D. nº 12, p. 73. Y las sentencias del Tribunal europeo de 26 de junio de 1992 en el caso *Drozd y Jannousek c. Francia y España*, Serie A, nº 240, y de 23 de marzo de 1995 y de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Loizidou contra Turquía* (excepciones preliminares y fondo).

En opinión de este Estado, además de ignorar la personalidad jurídica de una Organización Internacional como la OTAN, separada de la de sus Estados miembros (pará. 35 de las observaciones), este argumento debía desecharse puesto que, si se asumiera podría conducir a situaciones incongruentes. A título de ejemplo, el despliegue de fuerzas de Naciones Unidas en Timor Oriental tendría como consecuencia el convertir a sus habitantes en dependientes de la jurisdicción de Francia, de la Federación Rusa y del Reino Unido por su voto en el Consejo de Seguridad autorizando dicho despliegue; y puesto que serían considerados dependientes de la jurisdicción de dichos Estados, éstos incurrirían en responsabilidad por la situación de respeto, en dicho territorio, de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio a pesar de no tener ningún control sobre el mismo ni la posibilidad de asegurar su ejercicio a sus habitantes. (Pará. 38 de las observaciones).

Por último, concluye el Reino Unido sus observaciones sobre el sentido ordinario del término jurisdicción recordando que la tesis de los demandantes no encontraría fundamentación alguna en la práctica de los Estados parte, la cual refleja una unanimidad al considerar que el Convenio no es aplicable a sus operaciones militares fuera de su territorio, tanto si éstas son unilaterales como basadas en la OTAN o en un mandato de Naciones Unidas. (Pará. 41 de las observaciones).

A continuación, en la sección B de sus observaciones, se ocupa el Reino Unido de dismantelar los argumentos con los que presuntamente los demandantes habrían querido superar el sentido ordinario del término jurisdicción: invocando la doctrina del control efectivo y el principio establecido en el *caso Soering*, respectivamente.

En conexión con el control efectivo, la tesis del Gobierno británico es que el Reino Unido no ejerció en ningún momento un control efectivo sobre el territorio de la RFY ni sobre sus habitantes, ni siquiera como pretenden los demandantes, un control limitado al espacio aéreo de la RFY. A diferencia de los casos relativos a la situación en el norte de Chipre, no hubo un despliegue de tropas de la OTAN sobre el territorio de Belgrado ni sobre cualquiera otra parte de la RFY en la época de los hechos, ni tampoco se poseyó un control del espacio aéreo, como se alega en la demanda. Indicó el Reino Unido al respecto que:

«el control del aire –incluso si los Estados demandados hubieran poseído tal control– no puede compararse con el control que el Tribunal atribuyó a Turquía en virtud de la presencia de sus tropas de tierra en Chipre. En particular, el control del aire no habría supuesto la capacidad de asegurar los derechos y libertades reconocidos en el Convenio a los habitantes de Belgrado. Por ejemplo, los Estados demandados no podrían haber evitado las restricciones a las libertades de asociación y de reunión, ni impedido los arrestos arbitrarios u otras violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades de la RFY y de Serbia en el poder por entonces. De modo especial, el control del aire tampoco habría permitido al Reino Unido llevar a cabo las investigaciones sobre los asesinatos –ya fueran resultantes de la campaña aérea, como de actos del Gobierno de la RFY– las cuales el Tribunal europeo ha sostenido que exige el artículo 2 del Convenio.» (Pará. 47 de las observaciones).

Además, y concluyendo su crítica a la aplicación del principio del control efectivo en el presente caso, el Reino Unido llamó la atención sobre el hecho de que tanto Chipre como Turquía eran Estados Parte en el Convenio, no así la RFY. De este modo, la eventual intención de este órgano al invocar y aplicar la doctrina del control efectivo, esto es, el evitar privar a los habitantes del norte de Chipre del disfrute de los beneficios del Convenio que tendrían en circunstancias normales (entiéndase, de no ser por la invasión por Turquía de ese territorio), no se daría respecto de los habitantes de la RFY, que no se beneficiarían del mismo en el transcurso normal de sus vidas. (Pará. 51 de las observaciones).

Por último, entendía el Reino Unido que no sería aplicable al presente caso el principio establecido por el Tribunal en su sentencia en el *caso Soering contra Reino Unido* y en otras dictadas en casos relativos a deportaciones y extradiciones, en virtud del cual, el Reino Unido sería responsable de las eventuales violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio que pudiera sufrir una persona extraditada a Estados Unidos, aun no siendo Estado parte en el Convenio. Si en el *caso Soering* se trataba de un particular que en el momento de los hechos estaba manifiestamente dependiente de la jurisdicción del Reino Unido —el demandante se encontraba detenido e incurso en un procedimiento de extradición que había recurrido ante los tribunales ingleses— en el presente caso, por el contrario, en ningún momento habrían estado los demandantes presentes en el Reino Unido o sometidos de alguna forma al ejercicio de la autoridad legal de este Estado. (Parás. 52 y 53 de las observaciones).

III. Razonamiento seguido por el Tribunal europeo para declarar inadmisibile la demanda

Para el Tribunal europeo la conexión entre los demandantes y los Estados demandados es el bombardeo del edificio de la Radio Televisión *Srbije* en Belgrado, el cual, con independencia de donde fuera decidido, se ejecutó o tuvo efectos fuera del territorio de los Estados demandados. Se trata, pues, de un acto extraterritorial y su tarea debe ser la de dar respuesta a la cuestión de si los demandantes y sus familiares fallecidos como consecuencia de dicho acto extraterritorial podrían ser considerados como dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados⁵.

5. Véase el párrafo 54 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001: «El Tribunal señala que la conexión real entre los demandantes y los Estados demandados es el acto impugnado que, donde quiera que haya sido decidido, se ejecutó o tuvo efectos fuera del territorio de esos Estados ('el acto extraterritorial'). Así pues, considera que la cuestión esencial que debe examinarse es la de si los demandantes y sus familiares fallecidos eran, como resultado de ese acto extraterritorial, susceptibles de ser considerados dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados». Y, de modo específico, dentro de la parte «EN DERECHO» de la decisión de inadmisibilidad, los apartados c) «Actos extraterritoriales reconocidos como constitutivos de un ejercicio de jurisdicción», párrafos 67 a 73, y el apartado d) «Así pues, ¿cuándo los demandantes podrían ser considerados dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados?», párrafos 74 a 82 de la decisión. A modo de conclusión, en dicho párrafo 82, el Tribunal concluye por unanimidad que: «no está, pues, satisfecho de que hubiera cualquier vínculo jurisdiccional entre las personas que fueron víctimas del acto de que se quejan y los Estados demandados. En consecuencia, no está convencido de que los demandantes y sus familiares fallecidos pudieran considerarse dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados a causa del acto extraterritorial en cuestión».

Para responder a esta cuestión, el Tribunal va a recordar cuáles han de ser las reglas de interpretación aplicables al Convenio⁶, a fin de precisar el sentido de las palabras «dependientes de su jurisdicción». A la luz de las normas relevantes del Derecho internacional público, de la práctica de los Estados parte en la aplicación del Convenio, así como de los trabajos preparatorios del mismo, el Tribunal europeo estima que el artículo 1 del Convenio se refiere al término jurisdicción en su sentido ordinario, esto es, esencialmente territorial, siendo lo excepcional otras bases de jurisdicción que requerirán especial justificación en las circunstancias particulares de cada caso.

Una vez precisado el sentido ordinario del término jurisdicción, el Tribunal europeo procede a ocuparse de la cuestión siguiente: puesto que los demandantes no eran nacionales de los Estados demandados ni se encontraban en el territorio de éstos, ¿pueden considerarse dependientes de su jurisdicción, de modo excepcional, en virtud de un acto de éstos (el bombardeo en cuestión), producido fuera de su territorio y que les afecta directamente? La respuesta es negativa atendiendo a varias razones. En primer lugar, considerando la jurisprudencia previa de los órganos del Convenio. En aquellos casos recordados por los demandantes en su demanda, en los que se invocó la responsabilidad de un Estado parte por un acto extraterritorial realizado fuera del territorio, se trataba en realidad, en opinión del Tribunal, de una responsabilidad incurrida por una acción del Estado demandado concerniente a una persona mientras estuvo ésta en su territorio, así pues, claramente dependiente de su jurisdicción⁷.

En segundo lugar, en supuestos de ocupación militar, los actos realizados por las tropas de un Estado parte en el territorio de otro Estado, el Tribunal europeo habría derivado la responsabilidad de dicho Estado de su control efectivo de dicho territorio. Así, en los casos relativos al norte de Chipre, dado que Turquía poseía un control general efectivo sobre el norte de Chipre, en gran medida gracias a sus tropas desplegadas en tierra en apoyo de las autoridades locales, tenía la obligación de asegurar los derechos y obligaciones reconocidos en el Convenio a los habitantes de esa parte de la isla. Dichos particulares, en consecuencia, podían considerarse a los efectos del artículo 1 del Convenio, dependientes de la jurisdicción de Turquía⁸.

En tercer lugar, al recordar su reciente jurisprudencia (*asunto McElhinney c. Irlanda y Reino Unido*, decisión de inadmisibilidad de 7 de febrero de 2001), en la que establece que cualquier acto de un Estado fuera de su territorio, por el mero hecho de que afecte a un particular, no convierte a éste en dependiente de la jurisdicción de dicho Estado⁹.

En cuarto y último lugar, el Tribunal europeo da una respuesta negativa a esta cuestión en atención a las circunstancias del presente caso que no serían del tipo de las que el Derecho internacional público consuetudinario y convencional reconoce como un ejercicio de jurisdicción extraterritorial de un Estado (por ejemplo, actividades de agentes diplomáticos y consulares de ese Estado en el exterior, o la juris-

6. Parás. 55 a 58 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

7. Pará. 68 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

8. Parás. 70 y 71 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

9. Pará. 73 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

dicción sobre aparatos e instalaciones registrados en dicho Estado o sobre buques que enarbolan su pabellón)¹⁰.

Por lo tanto, el Tribunal europeo concluye que los demandantes no estaban bajo la jurisdicción de los Estados demandados porque no se encontraban en el territorio de éstos (sentido ordinario de este término), ni se daban en las circunstancias del presente caso, las circunstancias excepcionales que pudieran suponer un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por una Estado parte¹¹. Sin embargo, el Tribunal europeo considera que aún debe ocuparse de un argumento invocado por los demandantes con carácter alternativo al anterior: la doctrina del control efectivo como generadora de la responsabilidad del Estado que lo detenta con relación a los habitantes del territorio sometido a dicho control.

Al ocuparse de este punto, el Tribunal europeo emplea cinco argumentos para rechazar la aplicación de esta doctrina a las circunstancias del presente caso. En primer lugar comienza señalando que, en realidad, los demandantes plantean una interpretación inaceptable del criterio del control efectivo al pretender que este órgano acepte que la obligación positiva prevista en el artículo 1 del Convenio para los Estados parte, se extendería en mayor o menor medida en función del nivel de control ejercido en una determinada situación extraterritorial. Para el Tribunal europeo, sin embargo, el enunciado de esta disposición del Convenio no aporta ningún apoyo para creer que la obligación que impone a los Estados parte de asegurar los derechos y libertades definidos en la Sección Iª pueda ser cortada y cosida de acuerdo con las circunstancias particulares de cada acto extraterritorial. Añade, además, que su labor, tal como está prevista en el artículo 19 del Convenio, no casaría bien con una interpretación del artículo 1 que fragmentara discrecionalmente las obligaciones asumidas por los Estados parte. Concluye este primer argumento el Tribunal europeo afirmando que,

«la interpretación de la jurisdicción que pretenden los demandantes equipara la cuestión de si una persona depende de la jurisdicción de un Estado parte con otra distinta y relativa a si esa persona puede ser considerada víctima de una violación de los derechos garantizados en el Convenio. Son condiciones de admisibilidad distintas y separadas, cada una de las cuales tiene que ser satisfecha en el orden en que se han mencionado, antes de que un individuo pueda invocar las disposiciones del Convenio contra un Estado parte»¹².

Similares razones a las indicadas en el razonamiento anterior emplea el Tribunal europeo en su segundo argumento para rechazar la reducción de la obligación de asegurar los derechos reconocidos en el Convenio sólo al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, en razón al control del espacio aéreo yugoslavo por los Estados miembro de la OTAN y a la capacidad de sus pilotos de discriminar en sus ataques los objetivos militares de los civiles¹³.

10. Pará. 73 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

11. Pará. 74 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

12. Pará. 75 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

13. Pará. 76 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

En tercer lugar, el Tribunal europeo desestima cualquier intento de comparar el presente caso con el caso Soering contra Reino Unido, por lo que el principio entonces establecido, no sería invocable como argumento alternativo a favor de la jurisdicción de los Estados demandados sobre los demandantes¹⁴.

En cuarto lugar, el Tribunal europeo no consideró necesario el pronunciarse sobre el sentido específico que debe atribuirse a disposiciones sobre la jurisdicción, similares al artículo 1 del Convenio, presentes en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos «al no estar convencido de la específica pretensión de los demandantes a este respecto»¹⁵.

En quinto y último lugar, el Tribunal europeo discrepó de la tesis de los demandantes según la cual se traicionaría la misión de orden público del Convenio y se produciría un vaciado del sistema de protección del Convenio en el supuesto de que este órgano decidiese finalmente que los demandantes no se encontraban dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados. El Tribunal se refirió a que el objetivo del orden público del Convenio subraya en sí mismo la vocación esencialmente regional del sistema del Convenio, confirmada, *a sensu contrario* por el propio artículo 19 que no tiene la más mínima referencia al ámbito territorial de este sistema (más allá del ámbito regional europeo)¹⁶. Además, los ejemplos aportados por los demandantes en relación con el norte de Chipre, que incluyen referencias expresas al orden público del Convenio, no serían válidos, en opinión del Tribunal porque se trataría, en los mismos, de una situación anómala que había que corregir: personas que de no haber sido por la invasión por Turquía del norte de Chipre, disfrutarían de los derechos reconocidos en el Convenio (ya que Chipre es Estado parte) y que se veían desprotegidas ante la negativa de Turquía a garantizar esos derechos escudándose en la existencia de un Estado ficticio: la República Turcochipriota del Norte el cual, no siendo Estado parte, no estaría obligado por las disposiciones del sistema del Convenio. Como señaló al respecto el Tribunal europeo:

«El Convenio no fue diseñado para ser aplicado a lo largo de todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados parte. En consecuencia, el deseo de evitar un vacío o desprotección en materia de derechos humanos ha llevado al Tribunal a estar a favor de establecer la jurisdicción sólo cuando el territorio en cuestión sería uno que, por específicas circunstancias, estaría normalmente cubierto por el Convenio»¹⁷.

Así pues, tras el razonamiento seguido del modo descrito, la conclusión a la que finalmente llegó el Tribunal europeo fue que no estaba convencido de que hubiera un vínculo de carácter jurisdiccional entre las personas que fueron víctimas del acto del que se quejan, el bombardeo de la Radio Televisión *Srbije*, y los Estados demanda-

14. Pará. 77 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

15. Pará. 78 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

16. Pará. 80 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

17. *Ibidem*.

dos. En consecuencia, desestimó *ratione loci* la demanda al no considerar que los demandante ni sus familiares fallecidos durante el bombardeo en cuestión se encontraran dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados¹⁸.

B. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO:

I. La cuestión del recurso a los trabajos preparatorios en aparente contradicción con la interpretación teleológica del Convenio

Resulta fácil caer en la tentación de ser muy crítico con la decisión del Tribunal europeo en el *asunto Bankovic y otros contra diecisiete Estados*, a la luz de algunas particularidades del mismo que pueden sorprender o, incluso chocar. Así sucede, por ejemplo, con el peso relevante dado por este órgano a los trabajos preparatorios¹⁹. En efecto, como se ha señalado recientemente en un comentario a esta decisión, el recurso a los trabajos preparatorios ha sido y es algo absolutamente excepcional en la historia del sistema de Estrasburgo²⁰ y pese a ello, o precisamente por tal motivo²¹, se convierte en uno de los puntales del razonamiento del Tribunal europeo para referirse al sentido que debe darse al término jurisdicción en el marco del artículo 1 del Convenio con relación a las obligaciones asumidas por los Estados parte en dicho instrumento de protección de derechos humanos.

La interpretación dinámica y teleológica del Convenio exige interpretarlo a la luz de las condiciones de vida actuales y no teniendo en cuenta, al menos no principalmente, el momento histórico en el que fue redactado²². Con frecuencia, el Tribunal europeo ha insistido en la necesidad de adoptar esta aproximación a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio para tomar en consideración nuevas forma de injerencia en su ejercicio no previstas en 1950, por ejemplo, a través de unas condiciones medioambientales insalubres²³, o mediante medidas legales de expulsión del territorio de un Estado parte a aquellos no nacionales que hubieran sido condenados

18. Pará. 82 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

19. La reacción de sorpresa se produce dado que la efectividad del sistema del Convenio se debe, en gran parte, a que es un mecanismo vivo que protege derechos efectivos y no ilusorios. Pará. 43 de la sentencia del Tribunal europeo de 18 de diciembre de 1996 (sobre el fondo) en el *caso Loizidou contra Turquía*. Esto exige del Tribunal europeo el elegir, de entre las diferentes interpretaciones posibles del Convenio, la interpretación teleológica o finalista, considerando, en consecuencia, las condiciones actuales de vida por encima de las ideas y circunstancias presentes en el momento en que fue redactado el Convenio.

20. ORTEGA TEROL, J.M., y SÁNCHEZ LEGIDO, Á.: «Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (En prensa).

21. En el sentido de que siendo excepcional el recurso a los trabajos preparatorios, sólo cuestiones de excepcional complejidad o relevancia, como las planteadas en el *asunto Bankovic*, justificarían su empleo como criterio de interpretación.

22. Como ha indicado el Tribunal europeo en su sentencia de 7 de julio de 1989, en el *caso Soering contra Reino Unido* (pará. 102): «Ciertamente, el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse... a la luz de las condiciones de vida actuales.» En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal europeo de 28 de julio de 1999, en el *caso Selmouni contra Francia* (pará. 101).

23. Sentencia de Tribunal de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra España*; sentencia de 19 de febrero de 1998, *caso Guerra y otras contra Italia*; sentencia de 2 de octubre de 2001, *caso Hatton y otros contra Reino Unido*.

en delitos de tráfico de estupefacientes²⁴. Esta interpretación dinámica ha sido aplicada, incluso, a disposiciones distintas a las sustantivas, como, por ejemplo, a aquellas que preveían la posibilidad de que la antigua Comisión Europea y el Tribunal pudieran pronunciarse sobre una demanda deducida por un particular²⁵, y al propio artículo 1 del Convenio en varios contextos:

En primer lugar, para reconocer la eventual responsabilidad de un Estado parte en el Convenio por los previsibles malos tratos que sufriría un particular en caso de ser extraditado o expulsado a otro Estado no parte²⁶. En estos supuestos, la violación del Convenio no existiría *stricto sensu*, dado que el Estado solicitante de la extradición o reclamante de la expulsión, no siendo Estado parte, estaría desvinculado de cualquier obligación convencional que le exigiera un determinado trato a estas personas. Sin embargo, en razón de la existencia de un nexo de cooperación necesaria del Estado parte (previo a los eventuales actos del Estado no parte: la posibilidad de ser sometido a torturas a través del internamiento durante años de un condenado a la pena capital en el «corredor de la muerte» en Estados Unidos, o mediante la aplicación del castigo de lapidación a una mujer acusada de adulterio en Irán)²⁷, el Tribunal atribuye una *responsabilidad indirecta* al Estado parte por incumplimiento de la obligación, bajo el artículo 1 del Convenio, de no permitir que personas dependientes de su jurisdicción puedan sufrir una violación de los derechos reconocidos en el Convenio, ni siquiera en un Estado no parte.

En este sentido, creo que la existencia de un nexo de cooperación necesaria entre el Estado que efectivamente provoca el acto u omisión contrario al Convenio y el Estado parte en este instrumento internacional para la protección de los derechos humanos, puede ser *a priori* e, igualmente, *a posteriori* a dicho acto u omisión. Esto es, la responsabilidad indirecta de ese Estado parte en el Convenio podría generarse como consecuencia de una violación producida en un Estado ajeno al sistema del Convenio que, sin embargo, continuara desplegando sus efectos en un Estado parte

24. A título de ejemplo, los casos *Berrehab contra Holanda*, sentencia del Tribunal de 21 de junio de 1988; *Moustaquim contra Bélgica*, sentencia de 18 de febrero de 1991; *Beldjoudi contra Francia*, sentencia de 26 de marzo de 1992; *Ciliz contra Holanda*, sentencia de 11 de julio de 2000; *Ezzhoudi contra Francia*, sentencia de 13 de febrero de 2001.

25. «Está sólidamente anclada en la jurisprudencia del Tribunal la idea de que el Convenio es un instrumento vivo que se interpreta a la luz de las condiciones actuales (...) Dicha actitud, por parte del Tribunal, no se limita a las disposiciones normativas del Convenio, sino que también es válida para las que como los artículos 24 y 46, regulan el funcionamiento del mecanismo de su puesta en práctica. De ello se deriva que estos artículos no deberían interpretarse únicamente de conformidad con las intenciones de sus autores tal y como fueron expresadas hace más de cuarenta años.» (Parágrafo 71 de la sentencia del Tribunal de 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, en el caso *Loizidou contra Turquía*).

26. «Según su jurisprudencia constante, la extradición o la expulsión de una persona por un Estado parte pueden plantear un problema con respecto al artículo 3 y, por lo tanto, comprometer la responsabilidad del Estado demandado de acuerdo con el Convenio (sentencias: *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, serie A, nº 161, par. 91; *Cruz Varas y otros contra Suecia*, de 20 de marzo de 1991, serie A, nº 201, par. 69 y 70; *Vilvarajah y otros contra Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991, serie A, nº 215, par. 103.» Parágrafo 62 de la sentencia del Tribunal de 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, en el caso *Loizidou contra Turquía*. Recientemente reiterada en su sentencia de 11 de julio de 2000, en el caso *Jabari contra Turquía*.

27. Sentencia de 7 de julio de 1989 en el caso *Soering contra Reino Unido* y sentencia de 11 de julio de 2000 en el caso *Jabari contra Turquía*, respectivamente.

en el mismo. Compartimos en este punto la opinión disidente común de los jueces McDonald, Bernhardt, Pekkanen y Wildhaber, en la sentencia del Tribunal europeo en el caso *Drozd y Jannousek contra Francia y España*²⁸.

Desde este planteamiento, me parece criticable la sentencia del Tribunal europeo de 21 de noviembre de 2001, en el caso *Al-Adsani contra Reino Unido*²⁹, relativo a una presunta violación del artículo 6 del Convenio invocada por un particular de nacionalidad kuwaití y británica, que había sido sometido a terribles torturas en Kuwait a manos de un miembro de la familia real kuwaití y que logró huir al Reino Unido, donde intentó sin éxito una acción por responsabilidad civil contra el Estado de Kuwait, puesto que los tribunales ingleses acogieron la inmunidad de jurisdicción invocada por este Estado. Nos resulta sorprendente que el Tribunal afirme en el párrafo 61 de su sentencia que:

«Ciertamente, el Tribunal admite, sobre la base de estos precedentes jurisprudenciales, que la prohibición de la tortura se ha convertido en una regla imperativa del Derecho internacional, pero el presente caso no concierne, como en los casos Furundzija y Pinochet, a la responsabilidad penal de un individuo por actos de tortura que hubiera cometido, sino a la inmunidad que el Estado disfruta en caso de acción civil por daños en actos de tortura que se hayan producido en su territorio. No obstante el carácter particular que el Derecho internacional reconoce a la prohibición de la tortura, el Tribunal no encuentra en los instrumentos internacionales, en las decisiones judiciales o en otros documentos a su disposición, ningún elemento sólido que le permita concluir que en Derecho internacional, un Estado ya no goce de la inmunidad de una acción civil ante las Cortes y Tribunales de otro Estado ante los que se hayan formulado alegaciones de tortura»³⁰.

28. «(...) Desde el momento en que los demandantes entraron en Francia y se encontraban bajo la jurisdicción de dicho Estado, se colocaron bajo la protección del Convenio, incluido el artículo 5 no porque Francia (o España) no puedan ejecutar penas de prisión dictadas por los Tribunales de terceros países o entidades o que puedan hacerlo sólo en el caso de que actúen de manera totalmente conforme a las cláusulas del Convenio, que no les vincula. Debe, no obstante, existir cierto control efectivo del respeto, por el tribunal extranjero, de las garantías consideradas fundamentales bajo el ángulo del Convenio.»

29. Véase el excelente comentario a la sentencia del Tribunal en dicho caso realizado por el profesor Ángel SÁNCHEZ LEGIDO y titulado: «*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal europeo de derechos humanos», que aparecerá publicado en 2002 en la *Revista Española de Derecho Internacional*.

30. Incluso, aunque se discutiera el valor de norma imperativa de la prohibición de la tortura en Derecho internacional, y en consecuencia su prevalencia sobre las normas que garantizan la inmunidad de jurisdicción de los Estados, un hecho queda: las obligaciones asumidas por los Estados partes en el Convenio no quedan anuladas por otras normas internacionales que invoquen esos Estados. Claramente lo manifestó el Tribunal europeo en su sentencia de 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews contra Reino Unido* (párrafo 32): «El Convenio no prohíbe la transferencia de competencias a organizaciones internacionales siempre y cuando los derechos reconocidos en el Convenio continúen estando asegurados. Así pues, la responsabilidad de los Estados partes en el mismo continúa vigente incluso después de dicha transferencia.» Al respecto puede verse: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: «Sobre el Derecho Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario europeo (a propósito del asunto Matthews contra Reino Unido)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 5, enero/junio 1999, pp. 95-108. Igualmente, POTTEAU, A.: «L'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention et l'obligation des États membres de l'Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections du Parlement européen», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nº 49, 1999, pp. 873-900.

En segundo lugar, la interpretación dinámica del artículo 1 del Convenio ha permitido al Tribunal europeo establecer que la responsabilidad de un Estado parte puede estar comprometida por las violaciones que sufra un particular en el territorio de un Estado no parte, si dicha violación se produce por una acción u omisión de un agente o funcionario de un Estado parte, aunque el particular no dependiera de su jurisdicción. En este segundo supuesto se trata de la *responsabilidad directa por actos extraterritoriales* de un Estado parte derivada de la exigencia, impuesta por el artículo 1 del Convenio, de que todos los órganos de un Estado parte, centrales y periféricos, respeten y hagan respetar los derechos reconocidos en el Convenio con ocasión del desempeño de sus funciones, incluso en el territorio de un Estado que no sea parte en el Convenio³¹.

Finalmente y en tercer lugar, la interpretación dinámica, evolutiva y teleológica del Convenio ha permitido al Tribunal europeo interpretar el sentido y el espíritu del artículo 1 del Convenio de manera que pueda comprometerse la responsabilidad de un Estado parte por las violaciones cometidas en el territorio de otro Estado, parte o no en el Convenio, no ya por sus propios agentes y funcionarios sino por autoridades locales o, incluso, por particulares, si ese Estado parte ejerce un control efectivo de carácter general sobre dicho territorio. En este tercer supuesto, sin duda excepcional, la responsabilidad del Estado parte por las eventuales violaciones del Convenio está establecida no sólo sobre la base de los actos extraterritoriales de órganos y agentes del Estado, personal civil y militar, de conformidad con el Derecho internacional de la responsabilidad sino, además, en atención a dicho control efectivo general³².

El recurso a los trabajos preparatorios para la precisión del sentido ordinario del término jurisdicción presente en el artículo 1 del Convenio puede sorprender, sin duda

31. *A sensu contrario*, los párrafos 96 y 97 de la sentencia del Tribunal de 26 de junio de 1992, en el caso *Droz y Jannousek contra Francia y España*: «Al igual que la Comisión, el Tribunal coincide con los argumentos de los gobiernos demandados: si magistrados provenientes de Francia y España participan en las sesiones de los tribunales andorranos, no lo hacen en calidad de jueces franceses o españoles; estos tribunales y, en concreto, el Tribunal de Corts, desarrollan sus tareas de manera autónoma; sus juicios y sentencias están fuera del control de las autoridades de Francia y España. Además, el sumario no contiene ningún elemento que haga pensar que estos últimos hayan intentado inmiscuirse en el proceso de los demandantes... En resumen, puede admitirse la excepción de incompetencia *ratione personae*.»

32. «Teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del Convenio, una Parte contratante puede igualmente ser considerada responsable cuando, a causa de una acción militar –legal o ilegal– ejerza en la práctica un control sobre una zona situada fuera de su territorio nacional. La obligación de asegurar en dicha región el respeto de los derechos y las libertades garantizados por el Convenio se deriva de este control, ya sea ejercido directamente, ya por intermediación de las fuerzas armadas del Estado implicado o mediante una administración local dependiente.» (Sentencia del Tribunal de 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, en el caso *Loizidou contra Turquía*, pará. 62. La cursiva es añadida para remarcar que el Tribunal se refiere al ‘control efectivo’ después de haber hablado de la jurisdicción territorial y personal de un Estado parte en el sentido del artículo 1 del Convenio). En la misma línea, véase la sentencia del Tribunal de 18 de diciembre de 1996, sobre el fondo, en el caso *Loizidou contra Turquía*, párrafo 52; y la sentencia del Tribunal de 10 de mayo de 2001, en el caso *Chipre contra Turquía*, párrafo 77: «Teniendo un control efectivo de carácter general sobre el norte de Chipre, su responsabilidad no puede estar limitada a los actos de sus propios soldados u oficiales en el norte de Chipre, sino que debe estar también comprometida en virtud de los actos de las administraciones locales que sobrevive gracias al ejército turco. Se sigue que, en los términos del artículo 1 del Convenio, la ‘jurisdicción’ de Turquía debe considerarse que se extiende hasta asegurar el completo rango de derechos sustantivos establecidos en el Convenio y en los Protocolos Adicionales ratificados por ésta y las violaciones de esos derechos son imputables a Turquía.»

Bankoviç y otros contra diecisiete Estados exclusivamente en los trabajos preparatorios. Por el contrario, utiliza en su razonamiento otros elementos de valoración como son: la práctica seguida por los Estados parte hasta la fecha en sus actuaciones en el exterior de su territorio nacional excluyendo, unánimemente, en tales situaciones el sentido pretendido por los demandantes para el término jurisdicción (párrafo 62 de la decisión), su jurisprudencia anterior relevante (párrafos 67 a 72), y el contexto del caso (párrafos 74 a 81, en especial, el párrafo segundo del párrafo 80).

Frente a la impresión de que el recurso a los trabajos preparatorios en el *asunto Bankoviç* equivale a una renuncia por parte del Tribunal europeo a seguir interpretando el Convenio de manera teleológica y dinámica, creo que hay que señalar el hecho de que las circunstancias concretas del caso sea utilizado por el Tribunal europeo, precisamente, en el contexto de una interpretación teleológica y finalista del Convenio en la medida en que este órgano se preocupa de constatar si en el *asunto Bankoviç* se daba una situación similar a la constatada en los caso relativos al norte de Chipre.

A fin de no llegar a un resultado de desprotección de los particulares afectados por la ocupación turca de este territorio, el Tribunal europeo no se sintió constreñido por la existencia de un Estado no parte, la República Turcochipriota del Norte, sino que exigió a Turquía el respeto a esos particulares de los derechos reconocidos en el Convenio. Aunque formalmente Turquía no fuera responsable por el incumplimiento de este deber, entendía el Tribunal que sí lo sería materialmente en la medida en que prestaba un apoyo militar y logístico sin el cual no existiría en la práctica la República Turcochipriota del Norte. Si en el *asunto Bankoviç y otros contra diecisiete Estados* se hubiera dado una situación similar a la apreciada en relación con el norte de Chipre, estoy convencido de que el Tribunal hubiera dado la razón a los demandantes valorando las circunstancias particulares del caso en un contexto de interpretación teleológica del Convenio. Lo cierto, sin embargo, es que no se daba una situación similar sino otra muy distinta, de manera que el intento del Tribunal europeo no logró el resultado esperado por los demandantes puesto que una interpretación teleológica, para ser creíble y generalmente aceptada, debe evitar a toda costa parecer hipertextensiva, tanto más *contra legem*.

De este modo, el artículo 1 del Convenio ha sido, lo es en el *asunto Bankoviç* y debe seguir siendo en el futuro, objeto de interpretación dinámica, evolutiva y teleológica por el Tribunal europeo de una manera *praeter legem* y no *contra legem*. En este sentido, puede seguir afirmándose —como hace el profesor CARRILLO SALCEDO, con el que coincido— que:

«la expresión *dependiente de su jurisdicción* parece limitar el número de beneficiarios del Convenio, pero no hace más que establecer *el vínculo necesario* entre la víctima de una violación del Convenio y el Estado parte al que se imputa dicha violación. *En otras palabras, para que el Convenio sea aplicable, debe ser posible para el Estado asegurar los derechos reconocidos en el mismo*; sin embargo, no es necesario que exista un vínculo jurídico estable como la nacionalidad, la residencia o el domicilio porque basta que el Estado pueda ejercer algún tipo de

bargo, no es necesario que exista un vínculo jurídico estable como la nacionalidad, la residencia o el domicilio porque basta que el Estado pueda ejercer algún tipo de poder sobre el interesado»³³. (La cursiva es añadida).

De este modo, el recurso a los trabajos preparatorios sobre el artículo 1, junto a los demás elemento de hecho y de derecho tomados en consideración en su razonamiento, permite al Tribunal constatar que, en su sentido ordinario, ésta alude a su dimensión territorial, admitiendo sin embargo, dos supuestos excepcionales de jurisdicción al margen de cualquier vínculo territorial. En primer lugar, un particular *puede* considerarse dependiente de la jurisdicción de un Estado parte del que no es nacional y aunque no se encuentre en el territorio de éste, en relación con un acto extraterritorial de dicho Estado que le afecte de modo directo. En segundo lugar, y de modo indirecto, ese mismo particular *podría en determinadas circunstancias* ser considerado sujeto a la jurisdicción de un Estado parte que ocupa militarmente un territorio distinto al suyo propio —en el que se hallara dicho particular— y sobre el cual ejerce un control efectivo. Las cursivas añadidas pretenden resaltar aspectos del *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* que no deberían ser pasados por alto a fin de aprehender en sus justos términos el fallo del Tribunal europeo rechazando la admisibilidad de la demanda *ratione loci*.

II. La cuestión relativa a la jurisdicción de los Estados parte establecida sobre la base de actos extraterritoriales

La mención al *caso Drozd y Jannousek* en la decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković* es del todo oportuna y acertada por la afirmación de principio que se hace respecto de actos realizados por órganos de los Estados parte en territorios no sometidos a la jurisdicción de ninguno de ellos. En el párrafo 91 de su sentencia en el *caso Drozd y Jannousek*, el Tribunal europeo advierte que

«el término ‘jurisdicción’ no se limita al territorio nacional de las Altas Partes contratantes: su responsabilidad *puede* generarse en razón de actos que emanan de sus órganos y despliegan sus efectos fuera de su territorio». (La cursiva es añadida).

La cursiva pretende poner de manifiesto cómo el Tribunal estaría señalando, *a sensu contrario*, el carácter esencialmente territorial del término jurisdicción, e indicando, de modo expreso, la posibilidad —no siempre materializada— de que se genere la responsabilidad del Estado por actos extraterritoriales. Es decir, con el uso del condicional «puede generarse» en lugar del futuro «se generará», el Tribunal parecería querer dar a entender que habrá que considerar las circunstancias concretas de cada caso para apreciar si excepcionalmente se genera la responsabilidad del Estado. Así, por ejemplo, en el mencionado *caso Drozd y Jannousek* se daban unas circunstancias distintas a las del *asunto Banković* y que permiten al Reino Unido argumentar en sus

33. CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Commentaire à l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme», en PETTITI, L. E., DECAUX, E., et IMBERT, P. H.: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Economica, Paris, 1995, p. 135.

observaciones que serían rasgos propios de la jurisdicción una relación estructurada y de autoridad legal del Estado sobre los particulares y no una mera relación causa-efecto, tal como pretenden los demandantes. De este modo, en el caso *Droz* y *Jannousek* se trataba de actos imputables a dos jueces de nacionalidad francesa y española, respectivamente, que integraban un tribunal en Andorra que juzgó y condenó a los demandantes. Si el Tribunal europeo hubiera considerado que ambos jueces actuaban en el ejercicio de sus funciones a título de sus respectivos Estados, se habría dado, por lo tanto, una relación jurídica entre los Estados demandados, presuntos autores del acto extraterritorial, y los demandantes³⁴.

Dicho nexo jurídico falta de modo evidente en el asunto *Banković* en el que el mero acto extraterritorial —el bombardeo del edificio de Radio Televisión Serbia— y sus efectos —diversos fallecidos y heridos— pretende ser presentado por los demandantes como un acto de jurisdicción de los Estados que participaron en el ataque —o lo autorizaron— sobre ellos. Sin embargo, señaló el Tribunal europeo recordando otra reciente decisión de inadmisibilidad de 7 de febrero de 2001 en el asunto *McElhinney c. Irlanda y Reino Unido*, que cualquier acto de un Estado fuera de su territorio, por el mero hecho de que afecte a un particular, no convierte a éste en dependiente de la jurisdicción de dicho Estado³⁵.

El criterio seguido por el Tribunal europeo en su jurisprudencia exigiendo dicho nexo jurídico se verá además respaldado, en mi opinión, por las normas de Derecho internacional relativas al régimen de la responsabilidad internacional del Estado a la que se refiere este órgano reiteradamente cuando examina cuestiones concernientes a la jurisdicción³⁶. La responsabilidad internacional de los Estados es reconocida en el Derecho internacional contemporáneo, tanto desde la perspectiva del control efectivo como desde la de los actos extraterritoriales. En este sentido, deben mencionarse los recientes Proyectos de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, aprobados en 2001 con ocasión de su 53º período de sesiones, sobre *prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, y sobre *la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*³⁷. En lo que a la perspectiva del control efectivo se refiere, ambos textos codifican a éste como un elemento de imputa-

34. Situación que se daba en el caso *Soering* contra Reino Unido, igualmente mencionado por los demandantes en sus alegaciones.

35. Parágrafo 73 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

36. Como el propio Tribunal europeo ha reconocido, estas normas deben ser tomadas en cuenta «cuando examina cuestiones concernientes a su jurisdicción y, consiguientemente, determinar la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios de Derecho internacional que rijan, aunque teniendo en mente el especial carácter del Convenio como un tratado de derechos humanos.» Decisión de inadmisibilidad en el asunto *Banković* y otros contra diecisiete Estados, par. 57. El Tribunal añadió que: «El Convenio debería ser interpretado en la medida de lo posible en armonía con otros principios de los que forma parte» (*Ibidem*). Mención expresa a las normas generales sobre responsabilidad internacional la hace también en su sentencia de 10 de mayo de 2001, en el caso *Chipre contra Turquía*, par. 76, y en su sentencia de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Loizidou contra Turquía (fondo)*, par. 52: «De particular relevancia para el presente caso, el Tribunal sostiene, de conformidad con los principios relevantes en materia de responsabilidad de los Estados, que la responsabilidad de una Parte contratante...» (La cursiva es añadida).

37. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General de Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 56º período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/10).

ción de responsabilidad de un Estado por incumplimiento de la obligación internacional de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas³⁸, así como un factor de atribución de una responsabilidad internacional por hecho ilícito derivada de actos realizados por personas o grupos de personas bajo su control³⁹. La jurisprudencia internacional también ha reconocido el control efectivo como una forma de imputación de la responsabilidad de un Estado⁴⁰.

Igualmente, desde la perspectiva de *los actos extraterritoriales*, el *Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, no distingue en su artículo 4⁴¹ entre actos territoriales y extraterritoriales, a fin de comprometer la responsabilidad internacional del Estado por los comportamientos «de todos los *órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad*, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno»⁴². (La cursiva es añadida para resaltar la necesidad de un vínculo jurídico entre el particular y el Estado bajo cuya jurisdicción pretende encontrarse).

Aparte de por la ausencia de cualquier nexo jurídico (de carácter estructural o de autoridad legal) entre el Estado autor del acto extraterritorial y el particular afectado por el mismo, pienso que en el *asunto Banković* se daría otra circunstancia que lo diferenciaría de aquellos casos en los que el Tribunal ha reconocido, a los efectos del artículo 1 del Convenio, la posibilidad de una jurisdicción estatal sobre la base de actos extraterritoriales. Dicha circunstancia es la finalidad perseguida con la aceptación de este modo excepcional de jurisdicción, de conformidad con el objeto y fin del Con-

38. Artículo 2. d) del *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo. Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, op. cit. Véase también el comentario al artículo 1, párrafo 8 y párrafo 12. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, op. cit., pp. 425 y 426.

39. Artículo 8 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Véase los párrs. 3 y 4 del Comentario al artículo 8, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, op. cit., pp. 93 y 94.

40. *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, *ICJ Reports*, 1986, p. 51, párr. 86. *Asunto IT-94-I, Fiscal contra Tadic*, Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, sentencia de 1999, párr. 117, que se puede consultar en *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, en particular, p. 1541.

41. Artículo 4. *Comportamiento de los órganos del Estado*: «1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, judiciales o de otra índole, *cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del mismo*. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado». (La cursiva es añadida).

42. Párrafo 7 del Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 3 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, op. cit., p. 67. A mayor abundamiento, véase del comentario al artículo 4, los párrafos 5: «El principio de la unidad del Estado significa que las acciones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional». Y 6: «Por tanto, en el artículo 4, la referencia a un órgano del Estado tiene el sentido más general. No se limita a los órganos de la Administración central, ni a los funcionarios de nivel superior ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a *los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive a nivel provincial o, incluso, local*». *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, op. cit., p. 70. (La cursiva es añadida).

venio: evitar la privación del sistema de protección instituido en el Convenio a unos particulares que se beneficiarían del mismo en el transcurso normal de sus vidas.

Así ocurría, por ejemplo, en los casos relativos al norte de Chipre en los cuales la responsabilidad de Turquía en el aseguramiento de los derechos reconocidos en el Convenio a los habitantes del norte de Chipre se estableció, de modo directo, por los actos de las tropas turcas desplegadas sobre el terreno, y de modo indirecto, por la actuación de las autoridades locales a las que prestaba apoyo logístico y militar gracias a un control general efectivo sobre el territorio de la República Turco chipriota del Norte. Como recordó el Tribunal en su decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković*, se trataba de corregir una situación anómala: unos particulares nacionales de un Estado parte, Chipre, a consecuencia de la invasión y ocupación de una porción de su territorio por otro Estado parte, Turquía, se veían en la práctica desprotegidas por la imposibilidad de aquél de seguir garantizándoles el ejercicio de tales derechos y ante la negativa de Turquía a hacerlo, excusándose en que tal sería la responsabilidad de un Estado no parte, la República Turcochipriota del Norte, de existencia más ficticia que real⁴³.

En resumen, la decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* no rompe, en mi opinión, con la jurisprudencia anterior de los órganos garantes del sistema de Estrasburgo relativa a la extensión del ámbito de aplicación del Convenio a consecuencia de actos realizados por los órganos de los Estados parte en territorios no sometidos a la jurisdicción de ninguno de ellos. Más bien la continua. No sólo en la medida en que el Tribunal europeo sigue considerando necesario para establecer la jurisdicción por actos extraterritoriales algo más que una mera relación causal entre el acto extraterritorial y los particulares afectados por el mismo, sino también, en tanto en cuanto este órgano sigue fiel a uno de sus principales criterios seguidos en la interpretación y aplicación del Convenio, las circunstancias particulares presentes en cada caso, siempre que se invoca una base de jurisdicción distinta a la territorial a los efectos del artículo 1 del Convenio.

III. La cuestión relativa a la jurisdicción de los Estados parte invocada en función del principio del control efectivo

En lo que respecta al control efectivo, hay que recordar, como hacen los profesores ORTEGA TEROL y SÁNCHEZ LEGIDO, que la Comisión y el Tribunal europeos vienen entendiendo el artículo 1 del Convenio no como un precepto de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones, sino como una cláusula de imputación. Esto es, de afirmación de la obligación de los Estados parte

43. «Es cierto que, en el antes mencionado *caso Chipre contra Turquía* (párrafo 78 anterior), el Tribunal fue consciente de la necesidad de evitar un lamentable vacío en el sistema de protección de derechos humanos en el norte de Chipre. Sin embargo (...) ese comentario se refería a una situación completamente distinta a la actual: los habitantes del norte de Chipre se habrían visto excluidos de beneficiarse de las salvaguardias del Convenio y del sistema que ya habían disfrutado anteriormente a causa del 'control efectivo' del territorio o por la continua imposibilidad del Gobierno chipriota, como Estado parte, de cumplir las obligaciones asumidas en el Convenio». (Párrafo 80 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001).

de garantizar el respeto de los derechos reconocidos por todos los actos u omisiones que les sean imputables⁴⁴. Esta afirmación, con la que coincido, no me parece incompatible, sin embargo, con la distinción que el Tribunal europeo hace en el *asunto Banković* entre jurisdicción e imputación a los efectos del artículo 1 del Convenio. Señala a este respecto el Tribunal europeo en el parágrafo 75 de su decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001:

«La interpretación de la jurisdicción que pretenden los demandantes equipara la cuestión de si una persona puede ser considerada víctima de una violación de los derechos garantizados en el Convenio. Son condiciones de admisibilidad distintas y separadas, cada una de las cuales tiene que ser satisfecha en el orden en que se han mencionado, antes de que un particular pueda invocar las disposiciones del Convenio contra un Estado parte».

Con dicha distinción el Tribunal europeo parece querer insistir en recordar que, con carácter previo a la exigencia de responsabilidad a un Estado parte por incumplimiento de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, habrá que establecer si dicho Estado tenía la obligación de asegurar el disfrute de tales derechos a *las personas concretas que invoquen en su contra una quiebra en el cumplimiento de este deber*. Dicho proceder me parece lógico y necesario en aras de un principio básico de seguridad jurídica que permita una aplicación más efectiva del Convenio por los Estados parte en la medida en que éstos no alberguen dudas respecto de quiénes son los particulares llamados, en principio, a beneficiarse de sus compromisos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

La distinción que el Tribunal europeo realiza entre jurisdicción e imputación en el *asunto Banković*, me parece, además, especialmente relevante en relación con la cuestión del control efectivo como base excepcional de la jurisdicción de los Estados parte, a los efectos del artículo 1 del Convenio. Cuando el Tribunal emplea el principio del control efectivo en los casos contra Turquía en relación la situación en el norte de Chipre, lo hace no sólo teniendo presente la finalidad –ya señalada en el epígrafe anterior–, de solventar una situación anómala de desprotección de los derechos reconocidos en el sistema del Convenio respecto de particulares que los disfrutarían en circunstancias normales, sino sobre todo –al menos así me lo parece– en la convicción de que Turquía realmente podía garantizar el disfrute de dichos derechos, puesto que servía de sostén a las autoridades locales y al Gobierno de la República Turcochipriota del Norte, gracias al control efectivo del territorio por parte de sus tropas allí emplazadas. De la posibilidad de asegurar el disfrute de esos derechos se derivaría su responsabilidad en caso de no hacerlo⁴⁵.

44. ORTEGA TEROL, J. M. y SÁNCHEZ LEGIDO, Á.: «Orden público europeo y acción exterior...», *op. cit.*

45. El parágrafo 77 de la sentencia del Tribunal europeo de 10 de mayo de 2001 en el caso Chipre contra Turquía es claro a este respecto: «Teniendo un efectivo control de carácter general sobre el norte de Chipre, su responsabilidad no puede estar limitada a los actos de sus propios soldados u oficiales en el norte de Chipre, sino que debe estar comprometida por los actos de la Administración local que sobrevive en virtud del ejército turco y de su apoyo. Deriva de ello que, en los términos del artículo 1 del Convenio, debe entenderse que la «jurisdicción» se extiende hasta asegurar los derechos sustantivos protegidos en el

Una consecuencia lógica de esta deducción sería restringir la exigencia de asegurar el disfrute de los derechos reconocidos en el sistema del Convenio —y la consiguiente responsabilidad en caso de no hacerlo— sólo a aquellas situaciones en las que ese Estado hubiera podido cumplir con tal obligación. Si se comparte esta consecuencia se deberá rechazar la teoría pretendida por los demandantes, en virtud de la cual, del control por los estados demandados del espacio aéreo de la RFY, hacen derivar una gradación de la responsabilidad de éstos. Dicho de otro modo, los demandantes intentan que el Tribunal acepte que las obligaciones asumidas por los Estados parte en orden a asegurar el efectivo disfrute de los derechos reconocidos en el sistema del Convenio estarán en función del mayor o menor grado de control efectivo que esos Estados dispongan en cada situación concreta de actuaciones extraterritoriales, de manera que a mayor control, mayor número de derechos deberán ser asegurados en su ejercicio a los habitantes del territorio sujeto a tal control.

En las circunstancias concretas del *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados*, del control del espacio aéreo yugoslavo— negado por los Estados demandados— y que es deducido por los demandantes del dato objetivo del prácticamente inexistente número de bajas entre las tropas de la Alianza Atlántica que participaron en las operaciones de castigo aéreo, pretende extraerse la obligación de estos Estados de asegurar, entre otros, el derecho a no ser privado arbitrariamente del derecho a la vida, reconocido en el artículo 2 del Convenio, alegando que aquéllos siempre pudieron distinguir en sus ataques entre objetivos militares y civiles.

La pretensión de los demandantes me parece incoherente por dos razones. La primera es porque entiendo que el control efectivo se tiene o se carece del mismo. No me parece de recibo sostener que sea efectivo, a los efectos del Convenio, un control parcial limitado a asegurar sólo algunos de los derechos garantizados en el mismo. Como señala el Tribunal sobre este punto, con el que coincido plenamente, el enunciado del artículo 1 del Convenio no aporta elemento alguno que sirva de apoyo para sostener que las obligaciones asumidas en el Convenio en orden a asegurar los derechos y libertades enunciados en la Sección I^a puedan ser «cortadas y cosidas» de acuerdo con las circunstancias particulares de cada acto extraterritorial en cuestión. Su labor prevista en el artículo 19 del Convenio tampoco casaría bien con una interpretación del artículo 1 que tuviera por consecuencia fragmentar discrecionalmente las obligaciones asumidas por los Estados parte⁴⁶.

Además, a lo anterior habría que añadir un dato apuntado por el Reino Unido en sus observaciones sobre la admisibilidad de la demanda, siendo ésta mi segunda razón para calificar de incoherente la tesis de los demandantes en el *asunto Banković*: aun cuando se aceptara como posibilidad la existencia de un control efectivo parcial, referido sólo al respeto de algunos de los derechos reconocidos en el Convenio, no podría afirmarse que se hubiera dado dicho control respecto del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida como pretenden los demandantes.

Convenio y en sus Protocolos Adicionales que hayan sido ratificados (por Turquía) y que las violaciones de tales derechos son imputables a Turquía».

46. Parágrafo 75 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

En efecto, recuerda el Reino Unido que una de las exigencias que dicho artículo impone a los Estados parte en el Convenio, como ha reiterado el Tribunal europeo⁴⁷, es la realización de investigaciones serias e imparciales tendentes a investigar las causas que rodearon las privaciones arbitrarias del derecho a la vida y que permitan la identificación y castigo del o de los responsables de las mismas. Resulta obvio que desde el aire, a doce mil pies de altura, difícilmente los Estados que participaron en el ataque en cuestión habrían podido cumplir con esta obligación.

Por lo tanto y en resumen, tampoco estimo que en lo que respecta al principio del control efectivo se haya producido en la decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* una ruptura con la doctrina jurisprudencial anterior del Tribunal europeo relativa al contro efectivo como base excepcional de la jurisdicción de los Estados parte en el Convenio, sino una concreción de la misma ante la evidencia de que se trata de una construcción jurisprudencial aún no suficientemente establecida y con aspectos por clarificar.

IV. La cuestión relativa a las eventuales repercusiones de la decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* para el modelo de orden público europeo en materia de derechos humano

Es cierto que la decisión del Tribunal europeo en el *asunto Banković* declarando inadmisibile la demanda *ratione personae* no es un plato que se coma con gusto. Como señalan los profesores ORTEGA TEROL Y SÁNCHEZ LEGIDO:

«Si la actuación extraterritorial fuera en la práctica tan excepcional como afirma el Tribunal europeo de derechos humanos, quizás la restricción territorial no planteara excesivos problemas. Pero, precisamente ahora que es más frecuente la intervención europea en el exterior —a veces bajo dudosa cobertura legal—, dar marcha atrás en lo que había sido la jurisprudencia tradicional, no sólo levanta susceptibilidades sobre la diferente vara con que se mide esa actuación exterior dependiendo de qué Estado parte sea el que actúe. Además puede afectar a la credibilidad de una acción exterior que, paradójicamente quiere legitimarse en nombre de los derechos humanos»⁴⁸.

Sin compartir la opinión de los profesores ORTEGA TEROL y SÁNCHEZ LEGIDO de que la decisión del Tribunal europeo deba verse como un retroceso en la jurisprudencia de este órgano sino una continuación en la misma, como he tratado de mostrar en las páginas anteriores, coincido, sin embargo, con ambos profesores en su apreciación de que la Gran Sala, por unanimidad, ha optado por redefinir y precisar cual es el verdadero objeto y fin del Convenio en apoyo de una interpreta-

47. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal europeo de 28 de marzo de 2000, en el *caso Kiliç contra Turquía*, y la jurisprudencia que en ella se cita.

48. ORTEGA TEROL, J.M. y SÁNCHEZ LEGIDO, Á.: «Orden público europeo y acción exterior...», *op. cit.*

ción restrictiva de su alcance cuando afirma en el párrafo 80 de la decisión de inadmisibilidad:

«La obligación del Tribunal a este respecto consiste en tener en cuenta la naturaleza particular del Convenio, instrumento constitucional de un orden público europeo para la protección de los derechos humanos, y su función, tal y como se desprende del artículo 19 del Convenio, es asegurar el respeto por las Partes Contratantes de los *compromisos* suscritos por ellas. Es difícil, por tanto, pretender que una decisión negándose a admitir la jurisdicción extraterritorial de los Estados demandados desconocería el objetivo de *orden público* del Convenio, el cual señala en sí mismo la vocación esencialmente regional del sistema del Convenio, o su artículo 19, que no ofrece aclaración particular alguna del campo de aplicación territorial de dicho sistema». (La cursiva es del Tribunal europeo).

Sin duda, la decisión de la Gran Sala declarando inadmisibile la demanda en el *asunto Bankoviç y otros contra dieciseite Estados* corre el riesgo de ser criticada, además de por el apoyo en los trabajos preparatorios —cuestión que he tratado de relativizar en la páginas anteriores—, por las eventuales consecuencias negativas para la afirmación de un orden público europeo en materia de derechos humanos, al poner el acento en el carácter contractual del Convenio, resaltando aquello a lo que los Estados parte se han comprometido y descartando una responsabilidad más allá de la derivada de la jurisdicción territorial, siquiera para reparar los perjuicios derivados de las actuaciones de sus órganos en el exterior. Igualmente, en un contexto más general, se podría temer repercusiones negativas para el principio de la universalidad de los derechos humanos⁴⁹.

Quizás, la decisión de inadmisibilidad del Tribunal en el *asunto Bankoviç y otros contra dieciseite estados* pueda transmitir la imagen errónea de unos Estados que están obligados, en virtud de un tratado, a garantizar unos determinados derechos a las personas que dependan de su jurisdicción territorial, pero no así respecto de otras personas sobre las que ejercen alguna relación de poder distinta a la jurisdicción territorial o a cualquier otra base excepcional de jurisdicción. Podría, incluso, recordar épocas afortunadamente superadas del pasado en las que la «sagrada misión civilizadora» permitía que gran parte de los Estados demandados en el *asunto Bancoviç* pudieran emplear una doble moral de conducta respecto de la protección de los derechos humanos en función de que se estuviera en la metrópolis o en las colonias.

Entiendo, sin embargo, que dicho riesgo y los temores a él asociados se neutralizan en gran parte cuando la interpretación restrictiva del término jurisdicción adoptada por el Tribunal europeo en el *asunto Bankoviç y otros contra dieciseite Estados* se analiza desde la perspectiva de la naturaleza contractual del Convenio que el Tribunal europeo parece tener muy presente cuando resalta en cursiva el término «comprom-

49. Parecería difícilmente justificable, desde la perspectiva del principio de universalidad de los derechos humanos, el que un Estado que se ha comprometido a respetar y a hacer respetar unos derechos humanos, entre ellos, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, con respecto a los particulares que dependan de su jurisdicción, estuviera legitimado, sin embargo, a violarlos con relación a otros particulares que *de iure* no pudieran beneficiarse de ese estatus jurídico.

misos». Es en este sentido en el que debería valorarse la afirmación del Tribunal europeo en el párrafo 81 de esta decisión de inadmisibilidad:

«El Convenio no fue diseñado para ser aplicado a lo largo de todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados partes. En consecuencia, el deseo de evitar un vacío en la protección de los derechos humanos ha llevado al Tribunal a estar a favor de establecer la jurisdicción sólo cuando el territorio en cuestión fuera uno que, por específicas circunstancias, estaría normalmente cubierto por el Convenio».

Ciertamente, no resulta una novedad el hablar de las consecuencias derivadas del carácter convencional del sistema europeo de protección de derechos humanos. La doctrina se ha ocupado de analizar, en este sentido, la coexistencia simultánea en el sistema del Convenio de una política de activismo y de autolimitación judicial, a favor de los particulares titulares de los derechos y libertades reconocidos en dicho sistema y de la soberanía de los Estados⁵⁰. Dicha situación no es una característica intrínseca del Convenio sino una de las consecuencias de la tensión manifestada en el Derecho internacional contemporáneo, entre dos de sus principios estructurales puesta de manifiesto por el profesor CARRILLO SALCEDO⁵¹: la soberanía de los Estados, de un lado, y el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos, de otro. Ambos principios coexisten y se condicionan recíprocamente, ya que la aceptación a nivel internacional de los derechos humanos no ha desplazado ni eliminado la soberanía de los Estados, aunque sí la ha relativizado.

Quizás haya quienes vean la decisión adoptada de manera unánime por la Gran Sala desestimando la demanda en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* como expresión de una lamentable autolimitación judicial, al igual que en su día debió generarse la impresión opuesta con relación a las decisiones de admisibilidad en los casos contra Turquía relativos al norte de Chipre, recibidos por algunos como un lamentable ejercicio de activismo judicial. En uno y otro caso estaríamos ante las dos caras de una misma moneda⁵².

C. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas precedentes podrían extraerse algunas conclusiones. El *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* es del tipo de casos que llega antes al corazón que a la cabeza del jurista. El trasfondo del caso, expuesto con brillantez por los profesores ORTEGA TEROL y SÁNCHEZ LEGIDO, y las complejas cuestiones jurídicas que se suscitan en relación con la jurisdicción de los Estados parte a los efectos del artículo 1 del Convenio, lo convierten en un asunto merecedor de ser incluido en los manuales y repertorios de jurisprudencia de los órganos garantes del Convenio.

50. MAHONEY, P.: «Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights; two sides of the same coin», *Human Rights Law Journal*, 1990, Vol. 11, pp. 57-88.

51. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª edición, 2001, Tecnos, Madrid, p. 26.

52. MAHONEY, P.: «Judicial activism and Judicial self-restraint...», *op. cit.*, p. 88.

La decisión adoptada por la Gran Sala el 12 de diciembre de 2001 desestimando por unanimidad *ratione personae* la demanda deducida por los demandantes no es de las que se reciben con indiferencia. Por el contrario, a medida que se avanza en su lectura, resulta cada vez más difícil no situarse con la tesis de los demandantes o con la sostenida por el Reino Unido a cuyas observaciones se suma el resto de Estados demandados. En esencia, el Tribunal europeo se ubica del lado de las alegaciones sostenidas por el Reino Unido, lo cual no me parece, en principio, ni malo ni bueno, siempre y cuando quede convencido por las razones invocadas por este órgano para justificar el sentido de su fallo.

Al día de hoy y tras algunas relecturas de esta decisión estoy convencido de que con los elementos de hecho y de derecho a disposición del Tribunal europeo, éste no podía haber llegado a una conclusión distinta a la de la inadmisibilidad *ratione loci* de la demanda al no poder considerar a los demandantes dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados. Al desestimar esta demanda el Tribunal es consciente de que se expone a duras críticas de las cuales intenta zafarse, en mi opinión, con más pena que gloria por comparación a la impecable sistemática seguida por el Reino Unido en sus observaciones.

En cualquier caso, entiendo que no hay fundamento para una crítica de retroceso en su jurisprudencia anterior sobre la jurisdicción de los Estados parte con relación a actuaciones extraterritoriales. Como he tratado de mostrar en las páginas de este trabajo, tanto en lo que respecta a la jurisdicción de los Estados parte establecida sobre la base de los actos extraterritoriales, como en lo que atañe a esa misma jurisdicción invocada en función del principio del control efectivo, la decisión de inadmisibilidad de la Gran Sala en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* supone una continuación de la doctrina de los órganos garantes del Convenio.

Toda decisión jurisprudencial suscita reacciones a favor o en contra según se sienta uno identificado o no con el sentido del fallo. Para los que creemos y apostamos por un orden público europeo en materia de derechos humanos y estamos convencidos del carácter universal de los derechos humanos, la decisión de inadmisibilidad en el *asunto Banković* no nos deja satisfechos, personalmente, por el énfasis que pone el Tribunal en recordar el carácter contractual de este instrumento de protección de los derechos humanos, con una dimensión esencialmente europea por expreso deseo de los Estados que lo han establecido. Con la presente decisión el Tribunal europeo está dando testimonio vivo de las carencias del sistema del Convenio, de que lo interestatal sigue estando presente a pesar de la progresiva aparición y consolidación de la idea de orden público europeo en materia de derechos humanos.

El Tribunal europeo no es un legislador pero a través de sus pronunciamientos puede llamar la atención de aquéllos que tienen el poder de mejorar el funcionamiento de este sistema, resolviendo, por ejemplo, mediante un Protocolo de Enmienda, establecer una jurisdicción universal para los Estados partes a los efectos de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Ojalá la decisión de la Gran Sala en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados* y los comentarios que de ella se hagan, sirvan a este fin.